

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Comment marier l'eau et le feu lorsque la famille des pouvoirs adjudicateurs s'ouvre à celle du secteur associatif ?

De Roy, David

Published in:

Marchés publics et économie sociale. La nouvelle législation, la technique et la pratique

Publication date:

2006

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

De Roy, D 2006, Comment marier l'eau et le feu lorsque la famille des pouvoirs adjudicateurs s'ouvre à celle du secteur associatif ? Dans *Marchés publics et économie sociale. La nouvelle législation, la technique et la pratique*. Les dossiers d'ASBL, Numéro 2, Edipro, Liège, p. 106-130.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Comment marier l'eau et le
feu lorsque la famille des
pouvoirs adjudicateurs
s'ouvre à celle du secteur
associatif ?

David DE ROY

Chercheur à la Faculté de droit des F.U.N.D.P.

Cette question, qui pourrait rappeler le verbe d'Audiard bien plus qu'elle annonce la plume austère d'un administrativiste, plonge le lecteur au cœur d'une situation de laquelle clichés, propos grinçants et approches surréalistes ne semblent jamais très éloignés.

Le thème de l'assujettissement du secteur associatif à la législation relative aux marchés publics, que les initiateurs de cette publication nous ont suggéré d'aborder, confronte immédiatement à un paradoxe que plusieurs années de réflexions et d'interrogations ne nous ont pas encore permis de surmonter, celui que révèlent respectivement les mouvements centrifuges et centripètes induits par une certaine élasticité des sphères administratives.

Ainsi, on assiste depuis quelque temps à une certaine «délocalisation» de l'action des pouvoirs publics, se traduisant dans un mouvement dirigé vers des entités qui ne relèvent pas directement des structures administratives traditionnelles, voire même s'en distinguent nettement; révélateur de cette tendance est notamment le phénomène de décroissance de l'administration, que les auteurs néerlandophones désignent généralement sous le vocable «*verzelfstanding*», et qui exprime le souci de voir exercer l'action des pouvoirs publics par des entités qui, grâce à cette distance, peuvent accomplir leurs missions dans des conditions de plus grande souplesse.

Une autre illustration de ce mouvement centrifuge est offerte, de très longue date, par l'intervention du secteur associatif en certains domaines de l'action des pouvoirs publics. Généralement issues de l'initiative privée (proche, ou non, de foyers d'inspiration politique ou philosophique), les associations ainsi impliquées dans la réalisation d'objectifs d'intérêt général y contribuent, sans pour autant renoncer à un évident souci d'indépendance et d'autonomie à l'égard des pouvoirs publics; tel est à tout le moins un idéal qu'il s'agit de laisser intact.

En sens contraire, on observe que l'adoption, l'interprétation et l'application de certaines normes conduisent à aspirer dans un environnement caractéristique des sphères administratives des entités qui devraient *a priori* en rester éloignées.

La législation relative aux marchés publics constitue un exemple de ce mouvement centripète qui conduit à imposer à certains organismes des pratiques administratives auxquelles rien ne les prédestinait, hormis l'effet de cette législation. Cette situation paraît évidente depuis l'arrêt *University of Cambridge* prononcé par la Cour de justice des Communautés européennes le 3 octobre 2000, et ce, en dépit des nombreuses questions que cette décision a pu susciter, laissant aux observateurs le soin de se perdre en propos souvent conjecturaux¹.

Tenant notamment à l'interprétation des dispositions qui conduisent à qualifier de pouvoir adjudicateur une association subventionnée, ces questions revêtent évidemment une dimension juridique. Mais, bien plus, elles sont porteuses d'une importante connotation politique : à raison, notamment, des importantes contraintes qu'elles font peser sur les associations concernées, les obligations inhérentes à la législation relative aux marchés publics (ou qui en découlent directement) peuvent altérer certaines des caractéristiques essentielles du secteur associatif et, à plus long terme, mettre en question la pertinence d'un mode d'action des pouvoirs publics reposant sur la collaboration d'un secteur non-marchand particulièrement destiné à la prise en charge de préoccupations d'intérêt général.

Cette réflexion politique a précisément été rappelée dans le cadre des débats parlementaires tenus lors de l'adoption d'une «nouvelle» loi relative aux marchés publics, et plus particulièrement par l'effet du dépôt d'amendements visant à affiner la situation de certaines associations concernées par cet assujettissement².

¹ Sur cet arrêt et ses conséquences pour le secteur associatif, cf. D. DE ROY, «L'application du droit des marchés publics aux ASBL subventionnées», *J.T.*, 2001, pp.225-230 (l'arrêt *University of Cambridge* est publié à la suite de la contribution citée).

² Les débats parlementaires consacrés à cette loi ont fait l'objet, à la Chambre des Représentants, des documents référencés DOC 51 2237/001 et suiv^{ts}, spéc. 008-010.

C'est donc à la faveur d'un va-et-vient entre analyses juridiques et considérations systémiques que nous proposons d'emmener le lecteur à la découverte de zones d'ombre, que nous ne prétendons pas dissiper dans les limites nécessairement étroites de la présente³, mais sur l'importance desquelles nous souhaitons toutefois attirer son attention.

Après avoir brièvement décrit les dispositions qui fondent la reconnaissance de la qualité de pouvoir adjudicateur et exposé les observations générales qu'elles inspirent (1), nous nous interrogerons sur l'effectivité dont cet assujettissement peut être crédité (2) et sur le coût qu'elle représente tant pour les pouvoirs publics «traditionnels» que pour les associations ainsi qualifiées de «pouvoirs adjudicateurs» (3).

I. La reconnaissance de la qualité de pouvoir adjudicateur

A. Les dispositions légales⁴

L'assujettissement à la loi relative aux marchés publics, lorsque certaines associations subventionnées passent des commandes, peut procéder, directement ou indirectement, de diverses dispositions légales.

L'article 4 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services désigne les personnes auxquelles cette loi est applicable.

³ A cet égard, notre propos n'a nullement vocation à tendre à l'exhaustivité, ni dans la description et l'analyse des thèmes abordés, ni dans la citation des sources législatives, jurisprudentielles et doctrinales. Celles-ci seront visées à titre purement indicatif.

⁴ Les limites assignées à la présente nous contraignent à n'avoir égard qu'aux seules dispositions de la loi du 24 décembre 1993, et non à celles des directives européennes ou de la loi récemment votée.

Parmi ces pouvoirs adjudicateurs figurent notamment les «personnes qui, à la date de la décision de lancer un marché :

- ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, et
- sont dotées d'une personnalité juridique, et
- dont
 - * soit l'activité est financée majoritairement par les autorités ou organismes mentionnés au § 1er et au § 2, 1° à 8°;
 - * soit la gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes;
 - * soit plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance sont désignés par ces autorités ou organismes» (art. 4, § 2, 8°)⁵.

La législation est également déclarée applicable aux « institutions universitaires de droit privé, pour ceux de leurs marchés qui sont subventionnés par les pouvoirs publics» (art. 4, 9°).

Au travers de cette hypothèse, il s'agissait vraisemblablement, suivant les conceptions en vogue à l'époque de l'adoption de la loi, de régir la situation d'institutions qui, sensiblement différentes du profil des autorités publiques, paraissaient difficilement vouées à revêtir l'habit du pouvoir adjudicateur, mais dont certains investissements largement financés par des fonds publics justifiaient l'expression des préoccupations sous-jacentes à l'application d'une législation relative aux marchés publics (et, notamment, le souci d'affecter les fonds publics dans des conditions idéales de bénéfice de l'intervention des opérateurs économiques et avec la volonté d'accorder à ceux-ci la chance d'un égal accès aux commandes financées par les deniers publics).

⁵ «Cette disposition ne s'applique pas aux personnes de droit privé visées au § 4 du présent article» (art.4, §2, 8°, *in fine*).

Enfin, ce même article 4 dispose, en son paragraphe 4, que «Le Roi peut rendre les dispositions de la présente loi ou certaines d'entre elles applicables aux marchés de travaux, de fournitures et de services subventionnés par les personnes morales visées au § 1er et au § 2 et passés par des personnes de droit privé».

C'est principalement l'hypothèse visée à l'article 4, § 2, 8°, de la loi du 24 décembre 1993 qui retiendra notre attention à ce stade de l'exposé.

B. La notion d'«organisme de droit public»

La catégorie de pouvoirs adjudicateurs visée à l'article 4, § 2, 8°, de la loi procède de la notion d'«organisme de droit public» au sens que véhiculent les directives européennes relatives à la coordination des procédures relatives à la passation des marchés publics.

Cette qualité d'«organisme de droit public» et, partant, celle de pouvoir adjudicateur, est reconnue aux entités qui répondent cumulativement à trois critères, dont le troisième se décline lui-même en trois sous-critères.

Sans passer ici en revue tous les enseignements (principalement jurisprudentiels)^{6,7} auxquels ont donné lieu l'interprétation et l'application de cette disposition, et des critères qui la rendent applicable, nous émettrons quelques brèves observations dont l'intérêt est d'alimenter les réflexions plus générales que nous semble devoir inspirer la reconnaissance de la qualité de pouvoirs adjudicateurs aux associations affichant le profil ainsi tracé par la législation relative aux marchés publics.

⁶ Tels qu'alimentés notamment par les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes.

⁷ A cet égard, on se référera notamment, avec intérêt, à la thèse de Fr. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen*, Bruges, 2004, pp.342-359.

1. La personnalité juridique

Ce critère est sans doute le plus clair; peu sujet à controverse, il ne semble pas avoir, à ce jour, suscité de développements jurisprudentiels particuliers.

2. La création en vue de la satisfaction spécifique de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial

Véritable bouteille à encre, particulièrement dans un contexte communautaire où la notion d'intérêt général (spécialement en lien avec les services auxquels cette vocation est reconnue) fait débat à raison de l'importance des enjeux qui la sous-tendent, cette référence à la nature et aux qualités de la vocation de l'entité concernée témoigne du caractère assurément vague des concepts qualificateurs desquelles dépend l'applicabilité de la législation relative aux marchés publics, notamment en ce qui concerne cette catégorie résiduelle de pouvoirs adjudicateurs; cette notion de besoins d'intérêt général ne reçoit pas d'acception déterminée se laissant appréhender à la faveur d'approches casuistiques, desquelles il n'est pas nécessairement aisé de dégager un enseignement général. Deux brèves observations méritent d'être formulées.

Primo. On s'est parfois demandé si la vocation d'intérêt général est appréciée au moment de la création de l'entité concernée et suivant la volonté de ses géniteurs, ou si elle peut être reconnue ultérieurement au gré de l'évolution de cette entité.

Sous couvert d'une approche sans doute caricaturale mais révélatrice, nous avons jadis plaidé en faveur de la deuxième interprétation⁸.

⁸ Nous inspirant des enseignements livrés par l'arrêt *University of Cambridge*, nous avons relevé que cette Université n'avait, de toute évidence, pu, lors de sa création, être qualifiée d'organisme de droit public au sens des directives européennes (D. DE ROY, « Les entreprises publiques, leurs filiales et la législation relative aux marchés publics. Une première approche », *Entr. Dr.*, 2001, pp.235-236).

Celle-ci nous paraît, en effet, plus conforme à la fluidité de la notion d'intérêt général et des réalités que celle-ci désigne⁹, ainsi qu'au souci d'une application effective de la législation relative aux marchés publics, à la faveur d'une interprétation large des concepts desquels dépend précisément cette application, notamment au travers de la désignation des entités qui y sont soumises.

Force nous est cependant d'admettre que cette approche - dont paraît procéder la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes - ne garantit pas nécessairement une sécurité juridique suffisante. Ainsi, lorsque les fondateurs d'une ASBL définissent l'objet qu'ils assignent à celle-ci lors de sa création, la vocation ainsi reconnue est peut-être étrangère à la notion d'intérêt général telle que perçue à ce moment.

Si l'objet statutaire est, au fil du temps et au gré d'évolutions, considéré comme relevant de cette vocation d'intérêt général, le sort des commandes passées par l'association évoluera du droit commun au régime spécifique des marchés publics. Pareille mutation s'imposera alors aux organes de l'ASBL, dont les membres ne pouvaient pas nécessairement mesurer, lors de la création, toutes les conséquences juridiques des actes qu'ils posaient au travers de la définition de l'objet statutaire.

Secundo. Lorsque les responsables d'une ASBL s'approprient à passer une commande et se demandent naturellement si leur association doit être considérée comme un pouvoir adjudicateur - auquel cas ils devront appliquer la législation relative aux marchés publics - ils doivent pour ce faire, qualifier leur activité au regard de la vocation à satisfaire des besoins d'intérêt général.

Cette qualification, qui incombe à l'ASBL, pourrait, le cas échéant, engager sa responsabilité si ses animateurs ont estimé qu'elle n'a pas vocation à satisfaire des besoins d'intérêt général et si, ultérieurement, un juge retient une qualification différente.

⁹ La conception de l'intérêt général que se fait une autorité n'est pas figée, mais évolue.

Cette obligation de qualification est assez surprenante, car elle contraint l'association à donner un contenu à une notion naturellement fluide et dont il appartient, dans nos systèmes juridiques, aux autorités politiques, et à elles seules, de préciser la signification en fonction des circonstances.

Outre une évidente confusion des rôles, cette situation provoque, une fois encore, un réel sentiment d'insécurité juridique. Celle-ci ne sera atténuée qu'à la faveur des indices livrés, le cas échéant, par la circonstance que l'association bénéficie de subventions.

Si une subvention de fonctionnement¹⁰ lui est accordée, on peut raisonnablement déduire que l'activité de l'association est considérée comme vouée à la satisfaction d'intérêts généraux.

Le même raisonnement pourra éventuellement - mais l'appréciation finale est, à cet égard, plus aléatoire - être tenu lorsque l'association bénéficie de plusieurs aides destinées à couvrir (totalement ou partiellement) les charges inhérentes à la réalisation de projets déterminés.

En revanche, est beaucoup plus incertain le sort à réserver à l'association bénéficiant d'une subvention unique accordée pour la réalisation d'un projet, mais dont le montant est tel qu'il serait de nature à vérifier le critère de dépendance étroite à l'égard du pouvoir subsidiant, dont question ci-dessous.

¹⁰ Subvention destinée à soutenir (même partiellement) l'ensemble du fonctionnement de l'association, et ce, sans égard à un projet spécifique.

3. La dépendance à l'égard d'autorités publiques

S'agissant d'une ASBL relevant réellement du secteur associatif, ce qui exclut que sa création procède d'un des modes de déclouement de l'administration (ASBL satellites des autorités publiques)¹¹, le critère qui témoignera d'une dépendance à l'égard de pouvoirs publics sera, dans l'immense majorité des cas, celui d'un financement majoritairement assuré par des deniers publics¹².

Nous ne nous attarderons pas sur les hésitations que suscite l'application du critère du financement majoritaire, que nous avons eu l'occasion de détailler par ailleurs, en analysant les enseignements de l'arrêt *University of Cambridge* du 3 octobre 2000¹³. Il s'agissait notamment de souligner la difficulté de déterminer la période de référence au cours de laquelle le caractère majoritaire d'un financement public est apprécié; nous avons également eu l'occasion de montrer comment une confusion récurrente entre subventions et marchés de services¹⁴ complique l'identification des montants qui pourraient être considérés comme relevant du financement public révélateur une dépendance étroite.

De manière générale, ces deux exemples témoignent une fois encore des incertitudes que la mise en oeuvre d'un des critères d'applicabilité de la législation relative aux marchés publics laisse subsister et du sentiment de désarroi que cette situation peut entretenir chez les responsables d'associations susceptibles d'être concernées.

¹¹ Sur la distinction entre deux catégories d'ASBL gravitant, de près ou de loin, autour des pouvoirs publics, cf. D. DE ROY, «Être ou ne pas être... autorité administrative. Vers de nouvelles questions existentielles pour les ASBL satellites des institutions communales ?», *Rev. dr. com.*, 2002, pp.209-211.

¹² Les critères du contrôle de la gestion de l'organisme et de la désignation de la majorité des membres de ses organes par des autorités publiques révéleront davantage l'existence d'une ASBL satellite des pouvoirs publics. Par ailleurs, dans le cas d'un financement par le biais de subventions, l'association bénéficiaire sera certainement soumise à un contrôle, mais qui ne sera que la conséquence du financement; dans cette hypothèse, le critère du contrôle nous paraît évidemment subsidiaire.

¹³ «L'application du droit des marchés publics aux ASBL subventionnées»...

¹⁴ Particulièrement lorsque l'objet des opérations inscrites dans l'une ou l'autre de ces catégories porte sur des prestations intellectuelles.

C. Observations générales

1. Insécurité juridique

Le législateur a choisi de définir la catégorie «résiduelle» de pouvoirs adjudicateurs que constituent les organismes de droit public en recourant à des concepts qualificateurs flous, parmi lesquels figure - on l'a souligné précédemment - la vocation à satisfaire des besoins d'intérêt général. Pour le surplus, la liste d'organismes concernés par l'article 4, § 2, 8°, de la loi du 24 décembre 1993, annexée à ladite loi, n'est pas exhaustive : le fait qu'une association n'y figure pas ne signifie nullement que la qualité de pouvoir adjudicateur lui est, à coup sûr, déniée.

Sans doute, ces deux manières de procéder que sont le recours à des notions floues (et que le législateur s'est abstenu de définir) et l'établissement de listes «ouvertes» de pouvoirs adjudicateurs répondent-elles à un souci d'efficacité et à la volonté de prévenir l'obsolescence rapide des listes et le caractère inapproprié (ou insuffisamment large) de la catégorie des organismes de droit public.

L'idéal d'une stabilité élémentaire de la législation requiert qu'elle puisse être adaptée aux évolutions incessantes des modes d'action des pouvoirs publics et à la diversification des entités susceptibles de participer à cette action. En ce sens, l'utilisation de notions relativement neutres et souples permet à cette législation de rester applicable à des réalités mouvantes.

De ce point de vue, les techniques utilisées tant par les autorités européennes que par le législateur belge se laissent aisément concevoir.

Cela étant, les développements qui précèdent ont déjà permis d'attirer l'attention sur l'insécurité juridique que génèrent des dispositions dont l'application est conditionnée par ces concepts qualificateurs flous; cette insécurité touche non seulement les

associations susceptibles d'être concernées (lesquelles risquent de se voir reprocher un comportement fautif si elles s'abstiennent d'appliquer la législation relative aux marchés publics, après avoir considéré que celle-ci ne leur était pas applicable), mais également les opérateurs économiques soucieux d'accéder aux commandes passées par ces associations, et qui ne pourront évaluer la pertinence d'éventuelles actions en justice, là où ils s'estimeraient lésés notamment par le défaut d'ouverture de la procédure de passation de marché.

2. Pouvoir adjudicateur et autorité administrative

La qualification de pouvoir adjudicateur laisse incertaine la reconnaissance éventuelle des associations concernées, en tant qu'autorités administratives.

Il n'est, partant, pas possible de déterminer avec une assurance suffisante le sort de ces entités au regard de législations dont l'applicabilité est notamment déterminée par référence à cette notion d'«autorité administrative», émergeant initialement à propos des compétences de la section d'administration du Conseil d'Etat, et ayant ensuite donné lieu à d'autres applications : si l'on songe avant tout aux dispositions régissant la compétence attribuée au Conseil d'Etat pour l'annulation des actes administratifs unilatéraux d'autorités administratives¹⁵, on ne perdra pas de vue l'exigence de motivation formelle de certains actes administratifs ou encore l'accès aux documents détenus et conservés par les autorités administratives.

Certes, la jurisprudence de la section d'administration du Conseil d'Etat (lue conjointement à celle de la Cour de cassation) semble désormais bien établie en ce sens qu'elle dénie la qualité d'autorité administrative à l'entité qui - en dépit de sa proximité organique et/ou fonctionnelle avec les autorités publiques - ne jouit pas de prérogatives de puissance publique lui permettant notamment de prendre des mesures

¹⁵ Lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, art.14.

contraignantes à l'égard de destinataires sans que ceux-ci n'expriment leur consentement à ce propos.

Pareille approche de la notion d'«autorité administrative» conduira souvent à tenir éloignées de cette catégorie les associations subventionnées. Il n'empêche que cette conception - à laquelle adhère plus que probablement le secteur associatif¹⁶ - pourrait être remise en cause, tant en ces fondements¹⁷, qu'à raison d'initiatives récentes des législateurs fédéral¹⁸ et flamand¹⁹, qui ont étendu les obligations en matière de transparence et d'accès à l'information à des instances dont le profil ne correspond pas nécessairement à la conception de l'autorité administrative défendue par le Conseil d'Etat, sur la base des dispositions pertinentes de sa loi organique²⁰.

Ces initiatives récentes étendent le champ d'obligations caractéristiques de l'autorité publique à des entités qui ne jouissent pas nécessairement des prérogatives consubstantielles à celle-ci.

¹⁶ En cohérence avec le souci d'afficher une autonomie de fonctionnement essentielle (même si raisonnablement entendue dans le cadre de partenariats avec l'autorité publique) aux caractéristiques du secteur.

¹⁷ Ainsi que nous l'avons souligné par ailleurs, le critère de la jouissance et de l'exercice des prérogatives de puissance publique pourrait être systématiquement rencontré dans le chef de tout pouvoir adjudicateur, si l'on a égard à la faculté qui lui est reconnue de modifier unilatéralement les conditions d'un marché (D. DE ROY, «Être ou ne pas être... autorité administrative...», pp.207-208). Il reste évidemment à savoir - et la question semble ouverte en l'état actuel de la jurisprudence - si cette faculté de modification unilatérale n'est pas négligée par le Conseil d'Etat, pour le motif qu'ayant trait à l'exécution du contrat, tout litige que son exercice provoquerait échapperait à la compétence du Conseil d'Etat (au profit des cours et tribunaux compétents pour statuer sur des contestations relatives à des droits civils), ce qui justifierait que la haute juridiction administrative n'ait pas égard à pareille prérogative, même si celle-ci est caractéristique de la puissance publique.

¹⁸ Loi du 5 août 2006 relative à l'accès du public à l'information en matière d'environnement, art. 3, c) (M.B., 28 août 2006).

¹⁹ Décret fl. du 26 mars 2004 relatif à la publicité de l'administration, art.3, 2°, b) (M.B., 1^{er} juillet 2004).

²⁰ L'approche que suggèrent les dispositions visées ci-dessus ne concerne pas que les seules instances dotées de prérogatives de puissance publique.

II. L'effectivité de l'assujettissement des associations subventionnées à la législation relative aux marchés publics

L'idée d'un assujettissement du secteur associatif à des contraintes de droit public ne s'impose pas naturellement. Bien plus, elle devient carrément surréaliste si le respect de législations qui s'imposent à ce titre (et parmi lesquelles figure la législation relative aux marchés publics) n'est pas garanti (ou, à tout le moins, favorisé) par un contrôle élémentaire de ce respect.

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur relève de sphères administratives, les contrôles dont la passation de ses marchés peut faire l'objet relèvent de deux ordres, respectivement juridictionnel et administratif. S'agissant de pouvoirs adjudicateurs qui - à l'instar de ceux qui retiennent notre attention - ne relèvent pas de ces sphères, nous examinerons si le contrôle de leurs marchés peut s'engager dans ces mêmes voies.

A. Contrôle juridictionnel

1. Le recours en annulation devant le Conseil d'Etat

Aborder le contrôle juridictionnel des décisions relatives à la passation d'un marché²¹ incite inévitablement à évoquer les ressources que peut offrir l'introduction d'un recours en annulation de telles décisions devant le Conseil d'Etat.

²¹ Lesquelles témoignent nécessairement de la manière dont a été respectée la législation relative aux marchés publics.

Le contrôle que va déclencher l'introduction de ce recours porte sur la légalité des actes posés en cours de procédure, ce qui suppose que soit notamment vérifiée l'application effective de la législation relative aux marchés publics par ce pouvoir adjudicateur.

Même si les effets du seul arrêt d'annulation peuvent ne procurer qu'une satisfaction très relative à la personne à laquelle la méconnaissance de la législation relative aux marchés publics fait grief, il n'en reste pas moins que cette annulation des décisions litigieuses apparaît comme la sanction la plus évidente dont elles puissent faire l'objet.

En dépit de l'intérêt que peut présenter, même à titre préventif²², la perspective d'un tel contrôle, on relèvera immédiatement qu'il ne trouvera pas à s'exercer à l'égard de décisions prises par des associations, certes considérées comme «pouvoirs adjudicateurs», mais auxquelles la qualité d'autorités administratives doit être déniée²³: les recours en annulation soumis au Conseil d'Etat ne peuvent, en effet, être dirigés que contre les actes des seules autorités administratives, au sens qu'a donné de l'article 14 des Lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, l'interprétation jurisprudentielle dont question ci-dessus.

2. Le contentieux de la responsabilité quasi-délictuelle

Faute de pouvoir emprunter la voie de contrôle juridictionnel tracée par la compétence d'annulation du Conseil d'Etat, la personne s'estimant lésée par un défaut d'application de la législation relative aux marchés publics pourra soumettre la question de la légalité d'un tel défaut au juge judiciaire dans le cadre d'une action en responsabilité fondée sur l'article 1382 du Code civil.

²² «La peur du gendarme»...

²³ Cf. *supra*.

On rappellera, à cet égard, que parmi les comportements fautifs, susceptibles d'engager la responsabilité de l'auteur d'un dommage et de lui imposer la réparation de celui-ci, figure la méconnaissance de dispositions légales ou réglementaires imposant à une personne d'agir dans un sens déterminé ou de s'abstenir; en ce sens, le défaut d'application de la législation relative aux marchés publics par une entité assujettie à celle-ci²⁴ pourrait donc être constitutif de faute²⁵.

Le débat judiciaire sur la reconnaissance du caractère fautif amènera ainsi le juge à se pencher sur la légalité d'un défaut d'application de cette législation. Cela étant, cette perspective de contrôle juridictionnel ne doit pas faire illusion: faire constater l'illégalité d'un défaut d'application de la législation relative aux marchés publics, à l'appui de la reconnaissance du caractère fautif d'un comportement²⁶, n'a d'utilité que si la personne qui se prétend lésée convainc le juge de la réalité et de l'étendue de son préjudice, ainsi que du lien de causalité entre cette faute et ce préjudice.

A raison de l'évolution naturellement imprévisible d'une procédure de passation d'un marché public, la démonstration de l'existence du préjudice et du lien de causalité se révélera particulièrement aléatoire, dès lors que l'illégalité consistant en un défaut d'application de la législation relative aux marchés publics est révélée en amont du processus de commande de travaux, de fournitures ou de services initié par l'association concernée.

²⁴ Et, partant, obligée de procéder à ses commandes dans le sens déterminé par cette législation.

²⁵ Pour autant qu'une telle transgression s'inscrive dans la conception de la faute civile, telle qu'elle se dégage notamment de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 13 mai 1982, qui considère comme fautive l'illégalité établie au regard d'une norme imposant un comportement déterminé. Le respect de cette condition suppose évidemment que le juge saisi de l'action en réparation qualifie de «normes spécifiques de comportement» les dispositions violées par le défaut d'application de la législation relative aux marchés publics.

²⁶ Et à supposer que la règle d'unité des notions d'illégalité et de faute puisse être appliquée en une telle espèce.

B. Le contrôle administratif

L'évidente différence de profils qui sépare les associations qualifiées de pouvoirs adjudicateurs des figures administratives «traditionnelles» doit tenir résolument ces associations éloignées des mécanismes communs de contrôle administratif de légalité instaurés en vertu du pouvoir hiérarchique ou d'un rapport de tutelle administrative. L'application de tels contrôles à ces associations est d'autant moins appropriée que celles-ci ne relèvent pas de l'«organigramme» de l'administration²⁷ ²⁸ et ne sont pas liées à celle-ci (et aux autorités politiques desquelles elle relève) par un rapport comparable à ceux que permettent d'établir les mécanismes de tutelle.

Pour ces raisons, le seul ancrage d'un contrôle du respect de la législation relative aux marchés publics par cette catégorie de pouvoirs adjudicateurs nous paraît être la législation relative à la comptabilité publique, et, plus particulièrement, celles de ses dispositions qui régissent le contrôle de l'emploi des subventions et aides publiques.

A raison des ressources qu'il offre comme étant ce seul ancrage, le lien établi entre le contrôle de l'emploi des subventions et un contrôle du respect de la législation relative aux marchés publics par les associations subventionnées ne peut évidemment être négligé. Ces ressources ne s'imposent cependant pas avec la force de l'évidence. Différentes hypothèses doivent être examinées à ce propos.

1. L'assujettissement convenu

Même si elles découlent fréquemment d'un acte unilatéral, les modalités et conditions d'utilisation d'une subvention peuvent être définies dans les termes d'une convention. Celle-ci peut contenir l'adhésion du bénéficiaire au principe d'un assujettissement à la législation relative aux marchés publics.

²⁷ Organigramme révélant la soumission hiérarchique à une autorité politique.

²⁸ Ce qui exclut toute possibilité de contrôle hiérarchique.

Sauf à faire établir l'existence d'un vice qui affecterait la formation du contrat, l'association subventionnée ne peut contester le principe d'un assujettissement, auquel semble précisément pouvoir adhérer toute personne (même étrangère à la qualité de pouvoir adjudicateur) sur base volontaire. Dans ce cas, d'éventuelles contestations élevées à propos de la subvention que le pouvoir subsidiant refuserait de liquider porteront sur la manière dont cette législation a été respectée (ou transgressée), et non sur la question de principe de l'assujettissement à cette législation.

2. L'assujettissement acquis

Il se peut que le pouvoir subsidiant estime assujettie à la législation relative aux marchés publics une association, en sa qualité de pouvoir adjudicateur. La décision (unilatérale, par hypothèse) par laquelle est octroyée une aide à cette association n'aura pas pour effet d'assujettir celle-ci, mais - le cas échéant - d'annoncer les sanctions d'une éventuelle transgression; au nombre de celles-ci pourra figurer le refus de paiement des montants dus au bénéficiaire par les autorités habilitées à liquider la subvention, lorsqu'elles estiment que la législation relative aux marchés publics n'a pas été respectée.

En cas de contestation (laquelle portera nécessairement sur le droit de l'association au bénéfice des sommes dont elle se dit créancière), le juge judiciaire contrôlera la légalité (au regard de la législation relative aux marchés publics) des commandes passées par cette association. Si les débats judiciaires font apparaître que l'association, se comportant comme si elle n'était pas un pouvoir adjudicateur, s'est abstenue d'appliquer la législation relative aux marchés publics et qu'effectivement elle ne doit pas être considérée comme assujettie à cette législation, le juge refusera alors, en vertu de l'article 159 de la Constitution²⁹, de faire application de la disposition de l'arrêté

²⁹ Lequel, pour rappel, dispose que «les cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois». L'interprétation jurisprudentielle de cette disposition a conduit à étendre l'application de cette règle aux actes administratifs à caractère individuel.

de subvention qui organise le régime de sanction; cette disposition sera considérée comme illégale, dès lors qu'elle repose sur une qualification juridique erronée de la situation de l'association au regard de la législation relative aux marchés publics; le bénéfice des montants dus ne pourra alors être dénié sur la base d'une telle disposition.

3. L'assujettissement imposé

Enfin, si le pouvoir subsidiant impose - sous peine d'une sanction consistant dans le refus de paiement - le respect de la législation relative aux marchés publics à une association qu'il sait ne pas répondre au profil d'un pouvoir adjudicateur, le juge judiciaire saisi d'une éventuelle contestation refusera, également en vertu de l'article 159 de la Constitution, d'appliquer la disposition qui érige cette obligation, dès lors qu'en étendant le champ d'application de la loi du 24 décembre 1993 à des entités auxquelles elle n'est pas applicable, elle méconnaît notamment³⁰ les dispositions de cette loi, qui délimitent son champ d'application.

³⁰ On pourrait également soutenir que pareille décision méconnaît le principe exprimé par plusieurs dispositions constitutionnelles, selon lequel les pouvoirs sont d'attribution.

III. Le coût d'un assujettissement effectif à la législation relative aux marchés publics

A. Assujettissement et mission de contrôle du pouvoir subsidiant

Si l'assujettissement à (et le respect effectif de) la législation relative aux marchés publics peuvent être favorisés dans une certaine mesure par l'organisation d'un contrôle administratif, celui-ci représente avant tout, pour le pouvoir subsidiant, une charge excédant les limites de ce qu'impose et justifie la *ratio legis* des dispositions légales, réglementaires ou individuelles régissant le contrôle de l'emploi des subventions.

Il faut, en effet, rappeler qu'un contrôle du respect de la législation relative aux marchés publics ne se conçoit pas sans cet ancrage dans la vérification de l'emploi des subventions, dont il ne représente qu'une composante. Si l'articulation entre ces deux contrôles se conçoit aisément lorsque la subvention est destinée à couvrir une part (ou la totalité) des frais d'investissement liés à un projet pour lequel le bénéficiaire fait appel à un opérateur économique dans le cadre d'un contrat (qualifié, par hypothèse, de marché), elle ne s'impose pas avec la force de l'évidence lorsque la subvention couvre le fonctionnement de l'association bénéficiaire du soutien public et contribue, par exemple, à la seule prise en charge de frais de personnel.

On se demandera inévitablement, en pareil cas, en quoi l'attention portée sur les contrats passés par l'association avec des tiers rencontre la préoccupation d'utilisation des subventions aux fins pour lesquelles elles ont été accordées.

Un raisonnement qui ferait dériver tout contrôle de l'association du contrôle de l'emploi des subventions dont elle bénéficie, sans égard aux objectifs, circonstances et conditions particuliers du soutien public, conduirait, par exemple, le pouvoir subsidiant à contrôler les conditions de sécurité et d'hygiène dans lesquelles oeuvrent les travailleurs au service de l'association, alors qu'une telle vérification ressortit probablement aux missions d'autres autorités administratives.

Charge potentiellement disproportionnée pour le pouvoir subsidiant, un contrôle «généralisé» du respect de la législation relative aux marchés publics peut, en outre, dénaturer la collaboration du secteur associatif à la conduite des politiques publiques.

B. Contrôle versus autonomie ?

On sait que le soutien public accordé au secteur associatif partage les acteurs de celui-ci entre deux sentiments que sont la satisfaction de bénéficier de moyens qui garantissent la concrétisation d'un projet ou la subsistance de l'association, d'une part, et la crainte de voir les marges de manœuvre et d'autonomie inhérentes au modèle associatif être rongées par le regard (voire les injonctions) des pouvoirs subsidants³¹.

Ce contrôle n'a néanmoins pas de quoi surprendre : son principe s'impose si l'on a égard au fait que la subvention n'est pas une libéralité, mais un soutien accordé au nom de l'intérêt général et considéré, cas par cas, comme un mode d'intervention des pouvoirs publics particulièrement approprié à ce que requiert précisément cette valeur «sacrée» qu'est l'intérêt général. L'exigence d'un contrôle procède donc du souci que doit exprimer l'autorité, de s'assurer de ce que l'aide accordée est bien utilisée conformément aux objectifs poursuivis au travers de son octroi.

³¹ D. DE ROY, «Associations et subventions : la quadrature du cercle ?», *Pyramides*, automne 2002, p.118.

Si cette justification d'un contrôle en garantit la légitimité aux yeux d'acteurs soucieux de leur autonomie, elle en commande également les limites : il ne peut être exercé que dans la mesure où il sert l'objectif rappelé ci-dessus, de vérification de l'affectation de l'aide publique. Le contrôle de l'emploi des subventions qui sert de prétexte à toute vérification, même étrangère à l'objet de ce contrôle, porte inévitablement atteinte à l'autonomie caractéristique de l'action du secteur associatif, sans procéder d'une justification raisonnable.

C. Vers une «paralysie» ?

Au-delà du contrôle dont les associations peuvent faire l'objet, et qui, dans certains cas, dénaturera, en affectant ses caractéristiques essentielles, leur participation à l'action des pouvoirs publics, leur fonctionnement peut être profondément influencé par leur assujettissement à la législation relative aux marchés publics. Deux exemples bien différents en témoignent.

1. L'émergence du formalisme

Un assujettissement effectif à la législation relative aux marchés publics suppose, dans le chef des associations concernées, le respect du formalisme qui caractérise les procédures liées à la passation et à l'exécution des marchés. Relativement étranger aux relations d'affaires relevant du droit commun, le formalisme caractérise le mode de fonctionnement des actes pris par les autorités.

Perçu - à tort ou à raison - comme la source de lourdeurs et d'entraves à l'efficacité, ce formalisme va confronter les responsables d'associations à un mode de fonctionnement auquel leur engagement dans le secteur associatif ne les destinait pas. Il les contraindra, par ailleurs, au respect de formalités et démarches que l'on ne s'étonne sans doute pas (ou plus) de voir imposées aux administrations, mais qu'on imagine plus difficilement devoir être assurées par des entités relevant de l'initiative privée.

Tel est, par exemple, le cas des obligations en matière d'information des candidats et soumissionnaire, ou des exigences relatives à la motivation formelle des décisions prises dans le cadre de ces procédures³².

Cet exemple du formalisme imposé à ces pouvoirs adjudicateurs étrangers aux figures «traditionnelles» de l'administration traduit la contradiction évidente entre les objectifs poursuivis par les directives européennes soucieuses de faire respecter la législation relative aux marchés publics à toute entité affichant une certaine dépendance à l'égard des pouvoirs publics, et ce, quels que soient les profils et qualités intrinsèques de ces entités, d'une part, et les préoccupations régulièrement exprimées au cours des dernières années en matière de simplification administrative, d'autre part³³.

2. Un risque d'atteinte à la libre disposition du patrimoine de l'association

En ce qu'il impose les conditions et modalités suivant lesquelles les associations concernées pourront passer leurs commandes et, de la sorte, organiser leurs investissements, l'assujettissement de ces associations à la législation relative aux marchés publics affecte la libre disposition de leurs ressources.

Lorsque celles-ci ne découlent pas d'interventions ou soutiens publics, mais sont constituées de financements privés ou de fruits du patrimoine propre de l'association, cette restriction à la libre disposition des biens de l'association fait débat, car - une fois encore, et à l'instar de ce qui a été exposé à propos des contraintes imposées par le formalisme - elle peut conduire à

³² A tout le moins les exigences prescrites par la législation relative aux marchés publics, si l'on rappelle que la loi du 19 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs n'est pas applicable aux associations qui ne peuvent être qualifiées d'autorités administratives.

³³ Cf., à ce propos, les considérations émises par M. VAN QUICKENBORNE, Secrétaire d'Etat à la simplification administrative, et par M. le Député DEVLIES, au cours des débats relatifs à l'adoption de la nouvelle loi relative aux marchés publics, et plus particulièrement aux amendements n°s 13 et 14, présentés par les Députés WATHELET et cons. (Ch. Repr., Doc 51 2237/010, pp. 7-8 et 13).

altérer la spécificité de l'intervention, dans la mise en œuvre des politiques publiques, d'acteurs dont le profil diffère sensiblement de celui affiché par les autorités publiques.

Pour conclure...

Renonçant à une étude systématique et rigoureuse, nous avons proposé un parcours de découverte et d'interrogation sur certaines des parcelles du champ d'application *ratione personae* de la législation relative aux marchés publics. Bien plus qu'un terme à ce parcours, les deux réflexions que nous proposons en guise de conclusion apparaîtront comme une pause.

D'une part, on se laissera, une fois encore, surprendre par un paradoxe : l'effet de contagion des pratiques administratives que produit l'application rigoureuse du droit des marchés publics à des entités intrinsèquement étrangères au secteur public revient à imposer au secteur associatif des contraintes auxquelles les autorités politiques ont parfois voulu échapper, précisément par la création d'ASBL dont l'apparence d'autonomie à l'égard de l'institution publique est censée garantir une plus grande souplesse à l'action des pouvoirs publics. Les ASBL ne constituant qu'un «prolongement» de l'autorité publique pourraient ainsi fort bien bénéficier d'une marge de manoeuvre plus importante que les associations relevant du secteur associatif, mais aspirées contre un courant naturel par des contraintes de droit public dont elles devraient, sauf à être transfigurées, être tenues éloignées.

D'autre part, on relèvera que, d'inspiration communautaire, notre législation relative aux marchés publics ne rencontrera, si elle est appliquée conformément à la volonté des autorités européennes³⁴, qu'une seule des deux vocations normalement assignées au droit de la commande publique : elle privilégiera, à tout prix, l'ouverture de la commande publique (ou considérée

³⁴ Telle que fréquemment exprimée par le juge luxembourgeois.

comme telle) à la concurrence, favorisant ainsi l'égalité effective d'accès à cette manne providentielle pour les opérateurs économiques; en revanche, elle fera perdre de vue que le droit des marchés publics doit également être conçu comme un outil d'aide à la gestion efficace des pouvoirs publics³⁵ et que, dans cette perspective, son application doit se concilier avec des choix qui relèvent de la gestion de l'action de ces pouvoirs publics, mais qui, étant étrangers au droit de la commande publique, ne peuvent être compromis par une application inconsidérée de ce cadre normatif.

De cet effet paralysant d'une application du droit des marchés publics résolument axée sur la promotion de la concurrence, au préjudice d'une saine latitude réservée aux pouvoirs adjudicateurs dans leurs choix de gestion, une illustration est offerte par la jurisprudence sévère de la Cour de justice en matière de marchés *in house*³⁶. Un autre exemple pourrait fort bien être révélé par les secousses que porte l'application du droit des marchés publics dans les conditions décrites au travers de cette contribution, au modèle d'action des pouvoirs publics intégrant le secteur associatif.

Le débat semble ouvert, plus que jamais...

³⁵ Particulièrement en ce qui concerne leurs commandes de travaux, fournitures et services.

³⁶ Cf., à propos de l'arrêt ANAV du 6 avril 2006 (aff. C-410/04), D. DE ROY, «L'arrêt 'ANAC' : la C.J.C.E. limite encore les ressources de sa jurisprudence relative aux contrats *in house*», *Bull. Lamy. Droit public des affaires*, Paris, mai 2006, pp.1-4.

La responsabilité des administrateurs d'ASBL dans le cadre des marchés publics

Dirk COECKELBERGH

Directeur commercial Crédit Agricole, auteur freelance